

застосовувався принцип індивідуальної та умовної амністії, яка, таким чином, ставала не «інституційною амнезією», яка приписує вчиняти так, ніби злочину не було, залишаючи глибокі рани пам'яті відкритими, а дійсно цілющим досвідом самовизнання через публічне каяття, відновлення і, в окремих випадках, прощення та взаємного визнання. Вочевидь, ніхто не може гарантувати ані щирості каяття винного, ані великодушності жертви. Однак саме в тому, щоб надати їм таку можливість, і полягає головна мета правосуддя перехідного періоду, щодо якої всі інші цілі слід визнати вторинними.

Масштабні злочини проти людяності останнього століття переконливо продемонстрували не тільки обмеженість права як механізму забезпечення мирного співіснування людей, а й неможливість інституціалізації жестів великодушності, у яких люди наново визнають один одного, і які, втім, залишаються позаінституційним горизонтом права, хоча говорити про них можна лише в модусі бажаності. Словами Рікьора, ці жести «не можна перевести в інституційну форму, однак вони, висвітлюючи межі еквівалентної справедливості і відкриваючи простір надії на горизонті політики і права у постнаціональному і міжнародному плані, надсилають життєдайні хвилі, які приховано, кружними шляхами сприяють просуванню історії до мирного стану»<sup>1</sup>.

Таким чином, спроба віднайти місце взаємного визнання у правовій реальності висвітлює динамічну природу права, яке у своєму здійсненні орієнтоване в напрямі миру – утопії права, яка, втім, «укорінена в сутності права і становить його основу» (Рікьор). Тому й взаємне визнання виявляється складовою цієї утопії: маючи структуру дару, воно, з одного боку, протистоїть утіленій у справедливості логіці еквіваленту, а з другого – здійснює вторинний вплив на саму справедливість тією мірою, якою височіє над нею. Можливо, шлях визнання виявиться нескінченним, однак наявний досвід взаємного визнання у жестах великодушності, які відбуваються поза правовими інститутами, свідчить про те, що ця мета не є ані ілюзорною, ані марною. І екстраординарний характер такого досвіду тільки підкреслює його значущість.

<sup>1</sup> Рікьор П. Путь признания. Три очерка. – С. 231.

Костянтин Горобець<sup>1</sup>

## ЧИ Є ТОЛЕРАНТНІСТЬ ПРАВОВОЮ ЦІННІСТЮ?

### Вступ

Для сучасної юриспруденції питання толерантності останніми роками набуло особливого значення. Багато в чому ця ситуація парадоксальна. З одного боку, очевидно, що толерантність є важливою складовою сучасного інтернаціоналізованого суспільства, просякненого ідеями плюралізму. Посилення міграційних процесів, значна інтенсифікація публічної діяльності ЛГБТ-спільнот, раніше – феміністські рухи, зумовили необхідність переосмислення тих основ функціонування багатьох спільнот, які історично були сформовані як культурно однорідні та згруповані довкола одних ознак соціальної ідентичності. Збереження суспільства за таких нових умов вимагає визнання різних типів соціальних ідентичностей. Однак з іншого боку, з точки зору права, соціальна ідентичність, так само як і толерантність, мають мало спільного з юридичною логікою, орієнтованою на ідеї формальної рівності. В ідеалі, для права не має значення, яку соціальну ідентичність поділяє та чи інша особа або група осіб, – правові норми поширюються і діють незалежно від цього. Однак на практиці толерантність (або її відсутність) стає важливим тригером якогось типу юридичної логіки чи аргументації, оскільки самі судді та інші юристи поділяють певну соціальну ідентичність, не маючи змоги вийти за межі власної особистості. Відтак, коли йдеться про толерантність і право, ми опиняємося перед складним вибором: залишити толерантність моральному дискурсу, долучаючи її до юридичного світу на основі субсидіарності як елемент природного права, або ж надати толерантності нормативної сили, включити її до права на основі нової логіки правового розвитку, зорієнтованої на примирення і компроміс.

Це питання, безумовно, має ціннісний характер. Постійне оновлення ціннісного тла функціонування права має своїм наслідком

<sup>1</sup> Горобець Костянтин, кандидат юридичних наук, доцент кафедри теорії держави і права Національного університету «Одеська юридична академія» (k.v.gorobets@gmail.com).

рухомість правової нормативності, тому чим швидше змінюються ціннісні орієнтири, тим більш рухомим та плинним стає право<sup>1</sup>. Між тим нормативне ядро, сама юридична логіка, виражена в фундаментальних правових аксіомах і принципах, від цього майже ніколи не змінювалась. Відбувалося оновлення зовнішньої оболонки правової нормативності, першою чергою за рахунок правоінтерпретації та правотворчості. Чи несе в собі толерантність ризику (а може, шанси?) не зовнішнього, а внутрішнього оновлення права, переосмислення самої суті його цілей та функціональної характеристики?

#### *Толерантність і правові цінності: структура проблеми*

Аксіологічний дискурс про право є невіддільним від сучасної правової та політичної філософії. Та правова структура, яка сформувалася під впливом потужної гуманістичної традиції на європейському континенті за останні кількасот років, немислима без апеляції до певного набору цінностей, які зумовлюють самостійність права у складній соціальній системі. Питання про те, чи несе в собі право унікальний набір цінностей, які не можуть набувати змістовного вираження за межами правової системи, є, по суті, тотожним питанню про існування самого права<sup>2</sup>. Відтак, незважаючи на все різноманіття існуючих правових систем та культур, їх несхожість, часто навіть принципову непорівнюваність, право ніколи не може бути ціннісно нейтральним. Однак при цьому помітними стають тенденції до розмивання змісту цих цінностей під впливом «зіткнення» цивілізацій і все більш активної втрати державою монополії на право.

Серед значного числа ідей, що становлять зміст аксіологічного дискурсу про право, важливе місце посідає розмежування двох типів цінностей, що представлені в правовій реальності. Перший тип цінностей – це фундаментальні блага, досягнення яких так чи інакше входить у життєві плани кожної людини, а також ті особисті й соціальні цінності, які захищаються правом, тобто яким надано юридичного значення. Наприклад, відомий американський політичний та правовий філософ Джон Фінніс вважає, що загальне благо в су-

<sup>1</sup> Оборотов Ю. Н. Традиции и новации в правовом развитии. — Одесса: Юрид. лит-ра, 2001. — С. 16.

<sup>2</sup> Горобец К. В. Аксиосфера права: философский и юридический дискурс. — Одеса: Фенікс, 2013. — С. 111.

пільстві є інтеграцією семи основних благ, в досягненні яких зацікавлений будь-який член суспільства незалежно від власних індивідуальних цілей: життя, знання, гра, естетичний досвід, соціальність (дружба, соціальна активність у цілому), практична раціональність та релігія. На його думку, це ті блага, які можуть і мають реалізовуватися людиною в суспільстві, і разом вони становлять те, що іменується загальним благом. Важливим фактором досягнення цих основних благ є збереження та розвиток певних соціальних інститутів, які формують сприятливе моральне середовище, в яких практична раціональність, спрямована на основні блага, може бути реалізована найефективніше<sup>1</sup>. Таким чином, перший тип цінностей, представлених у праві – це цінності-цілі. Правова система виступає інституційним механізмом, який гарантує ці блага і забезпечує людей ефективними правовими інструментами їх досягнення.

Другий тип цінностей безпосередньо пов'язаний з функціонуванням правової системи. Ці цінності є цінностями-засобами, які формуються і використовуються як інструменти досягнення цінностей-цілей. Їх часто називають правовими цінностями, до їх числа включають: правові норми, суб'єктивні права, юридичні обов'язки, законність, конституцію, правопорядок тощо. Характерна риса правових цінностей полягає в тому, що вони зумовлюють смисловий простір правової реальності, конструюють мовне середовище права, виступають засобами правового мислення та елементами правової ідеології.

Одна з цінностей, що традиційно асоціюється з європейським стилем правового мислення – це толерантність. У вітчизняній юриспруденції вже здійснювалися спроби обґрунтувати ідею, відповідно до якої толерантність є не просто цінністю, якій надано правового значення (тобто цінністю-ціллю), а цінністю, яка є правовою за своїм змістом (тобто цінністю-засобом)<sup>2</sup>. І хоча ця теза є доволі

<sup>1</sup> Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. В. П. Гайдамака и А. В. Панихиной. — М.: ИРИСЭН ; Мысль, 2012.

<sup>2</sup> Тарасишина О. М. Справедливость і толерантність у сучасному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень / Тарасишина О. М. — Одеса, 2008; Галицький І. Толерантність у правовому житті сучасної України. — Одеса : Фенікс, 2012.

суперечливою, варто усе ж зазначити, що активне шанобливе ставлення до несхожого, чужого, інакшого є, безперечно, продовженням ідеї рівності (адже, щоб поважати іншого, треба сприймати його як рівного собі). У цьому сенсі ідея толерантності дійсно має яскраво виражене правове забарвлення, бо що, як не право, може і має забезпечувати рівність?

Утім питання щодо ціннісного статусу толерантності в праві є набагато складнішим. Безумовно, толерантність тісно переплетена з тими ідеями та благами, які традиційно асоціюються з правом: свобода, рівність, справедливість, гуманність тощо. Однак чи означає це, що толерантність сама по собі є елементом отієї системи цінностей, яка конструюється чи може бути сконструйована правом? Якщо розглянути питання ціннісного виміру толерантності в праві більш уважно, то постає щонайменше кілька складних проблем. Перша з них пов'язана з тим, наскільки взагалі толерантність може набувати юридичного значення? Тобто, якщо толерантність осмислювати в розрізі юридичного дискурсу, то вона повинна мати певну якість, що дозволяла б оцінювати її з точки зору права. Тому слід визначитися, які властивості толерантності зумовлюють можливість її юридизації. Друга проблема полягає в тому, що якщо припустити (або довести) наявність такого правового характеру у толерантності, то наскільки толерантність може гарантуватися й забезпечуватися правом?

Перша проблема має субстанційний характер, адже вона ставить питання про те, чи перебувають право й толерантність в одному концептуальному просторі, чи є вони хоча б частково гомогенними. Друга проблема тяжіє до формальних питань права, бо вимагає пояснень, наскільки толерантність може вимагатися чи моделюватися правовими нормами. Слід детальніше зупинитися на обох проблемах.

#### *Solvuntur risu tabulae<sup>1</sup>: толерантність і самоіронія*

Розгляд субстантивного зв'язку права і толерантності означає виявлення точок дотику їх з позицій ціннісних орієнтирів, їм притаманних. Як уже підкреслювалося, ідея толерантності перетинається з ідеєю формальної рівності, створює її соціокультурне та моральне тло, адже ефективна реалізація принципу формальної

<sup>1</sup> «Обвинувачення будуть зняті сміхом» – лат.

рівності уможливорюється тоді, коли особисті характеристики Іншого ігноруються. Однак при цьому толерантність іде далі за формальну рівність, адже, за відомим висловом А. де Токвіля, привабливість рівності в тому, що вона надає низку благ, не вимагаючи від людини жодних зусиль. Натомість толерантність завжди передбачає протиставлення себе та Іншого в пошуках відповіді на те, чи визнавати взагалі інакшість та право Іншого бути Іншим. У цьому сенсі толерантність, принаймні на інтелектуальному рівні, є активною дією. Визнання права Іншого на те, що він може бути іншим, не є пасивним примиренням чи ігноруванням цієї інакшості. Толерантність не є індиферентністю<sup>1</sup>. Однак за рахунок чого можливе таке визнання?

Потужною зброєю толерантності проти нетерпимості є іронія та самоіронія. Про це говорив Умберо Еко вустами Вільгельма Баскервільського: «Комедія [...] викликає сміх, показуючи звичайних людей, їх вади та недоліки. Аристотель розглядає схильність до сміху як добру, чисту силу. Сміх у нього має й пізнавальну цінність. Сміх освічує людей: іноді завдяки кмітливим загадкам і неочікуваним метафорам, іноді – показуючи речі навіть неправильно, не такими, якими вони є, а вводячи нас в оману і тим самим змушуючи уважніше роздивитися предмет». Йому заперечує Хорхе: «що сміх властивий людині, це означає лиш одне: що всім нам, на жаль, властива гріховність. [...] Сміх тимчасово звільняє чоловіка від страху. Однак закон може бути встановлений лише за допомогою страху, повне ймення якому — страх Божий!»<sup>2</sup>.

Страх перед сміхом, а ще більшою мірою страх бути осміяним, — це саме та емоція, що протистоїть толерантності. Сміх руйнує мури

<sup>1</sup> З точки зору політичної філософії осмислення проблем залучення Іншого до дискурсу є центральною темою для «Долучення Іншого. Нариси з політичної філософії» Юргена Габермаса. Дійсно, комунікативна етика є потужним інструментом інституціоналізації цінності толерантності в плюралістичному суспільстві. Однак правовий вимір цієї проблеми продовжує викликати цілу низку питань.

<sup>2</sup> Я взяв на себе сміливість перекласти ці уривки з «Імені Троянди» видатного італійського майстра не напряду, а з чудового в усіх відношеннях російського перекладу О. Костюкович: Еко У. Имя розы / пер. с итал., глоссарий и послесловие Е. Костюкович. — М. : АСТ ; CORPUS, 2014. — С. 619, 623.

серйозності та раціональності, і в цьому сенсі він змінює уявлення про те, яка поведінка є припустимою. Американський філософ К. Е. Аппія показує, як за допомогою сміху відбувалися моральні революції: дуелі в Європі зникли насамперед тому, що їх стали практикувати представники усіх прошарків суспільства. Втративши ореол елітарності, дуелі зі знаряддя захисту честі перетворилися на об'єкт висміювання<sup>1</sup>.

Важливість сміху в досягненні толерантності може бути яскраво продемонстрована на прикладі трагедії у *Charlie Hebdo*<sup>2</sup>. Заборона сміху, поширена не лише на свою, але й на чужу культуру, несумісна з ідеями толерантності. Якщо пророк Мухаммад не може бути зображенням, не кажучи вже про те, щоби бути осміяним, то в уявленні фундаментального ісламізму має рацію домініканський монах Хорхе, попереджуючи про небезпеку сміху. Коли ж Жан Еффель малює карикатури на Бога у «Створенні світу», то він презентує позицію Вільгельма Баскервільського, викриваючи евристичну функцію сміху, і цю позицію займає офіційна католицька церква, серед усіх карикатур засудивши лише одну, яка зображувала Диявола, який створював міль у той час, як Бог створював норку<sup>3</sup>.

Вільгельм презентує культуру сміху й толерантності. Хорхе – культуру нетерпимості та страху. Толерантність часто розглядається як надбання Західного світу, важливою складовою його етичної програми. Як видається, це сталося саме завдяки поширенню іронії та самоіронії в період гуманізму. Викриття власних вад, розуміння недосконалості світу, крихкості його раціональних підстав не лише підірвало позиції релігії в Європі, але й відкрило дорогу до толерантності спочатку у вигляді віротерпимості<sup>4</sup>, пізніше й в інших формах. Толерантність спирається на самоіронію, адже саме вона руйнує страх перед Іншим і Чужим. Нетерпимість щодо меншості,

<sup>1</sup> Appiah K. A. The Honor Code: How Moral Revolutions Happen. — New York: W. W. Norton, 2010.

<sup>2</sup> Див.: Свобода релігії і свобода слова після Charlie Hebdo: зб. есе / упоряд. Д. Вовк, О. Уварова. — Х. : [б. в.], 2015.

<sup>3</sup> Ватикан прокоментував це таким чином, що Диявол не наділений здатністю до створення, адже він втілює у собі лише прагнення до руйнації та хаосу.

<sup>4</sup> Див.: Довгополова О. А. Другое, Чужое, Отторгаемое как элементы социального пространства. — Одесса : СПД Фридман, 2007.

нетолерантність щодо Іншого є породженнями саме страху. Подолати його можна лише сміхом.

Як з цим корелює право? Здавалося б, сміх, іронія та страх – аж ніяк не юридичні поняття. Вони не можуть бути виражені в суб'єктивних правах чи юридичних обов'язках (право не може приписати почуття гумору чи зобов'язати поважати когось). Навряд правові норми можуть змодельовати почуття страху у своїх адресатів. Тим паче право не може приписати сміятися над тими чи іншими речами. Однак культура самоіронії зумовлює соціальний контекст, який уможливує появу формальних правових інститутів, спрямованих на недискримінацію, захист прав меншин та свободу думки й свободу волі тощо, ефективність цих формальних правових інститутів, рівною мірою як і правозастосовний аспект їх функціонування.

Зв'язок між правом і толерантністю виявляється в цьому сенсі глибоко субстантивним, бо вони апелюють до спільних культурних кодів. Право, орієнтоване на права людини, так само як і толерантність, є можливими лише в культурі, яка несе в собі ідеї толерантності. І навпаки: толерантність можлива лише в тих спільнотах, де повага до прав людини є соціальною максимою, яку неможливо ставити під сумнів. В основі такої культури, де право і толерантність взаємно зумовлюють один одного, має лежати повага та іронія. Щойно суспільство втрачає можливість сміятися над собою, встановлює табу на самоіронію, воно втрачає повагу до Іншого.

Прикладом зв'язку іронії та толерантності, коли заборона першої веде до втрати другої, є так звана образа почуттів віруючих, яка в Росії тягне за собою у тому числі кримінальну відповідальність, або ж заборона ревізії наслідків Другої світової війни. У першому випадку обмеженою виявляється релігійна свобода, у тому числі – за рахунок унеможливлення релігійної іронії, тобто саме того, що свого часу зробило імовірною Реформацію<sup>1</sup>. У другому випадку відбувається обмеження інтелектуального простору шляхом консервації минулого, коли будь-який сумнів щодо його актуальної інтерпретації сприймається як висміювання та посягання на те, що

<sup>1</sup> Тут я знову апелюю до «Імені Троянди» Умберто Еко, а саме до сновидіння Адсона, в якому він побачив втілення іронічного та висмійливого варіанту Євангеліє.

виведено за рамки можливостей іронії. Своєю чергою це створює ситуацію нетолерантності: релігійної та наукової.

#### Толерантність у змісті права

Отже, субстантивний зв'язок права і толерантності проявляється в культурі поваги та (само)іронії. За рахунок чого є можливим і чи є можливим взагалі їх формальний зв'язок? В яких правових засобах і за допомогою яких механізмів толерантність може бути включена до простору юридичної логіки, стати невід'ємною частиною юридичного дискурсу?

Автор однієї з найбільш популярних позитивістських концепцій права сучасності Дж. Раз вважає, що взаємодія права та інших соціальних систем може бути пояснена феноменом витіснення. У кожному суспільстві існують рушійні фактори, які зумовлюють поведінку людей, однак вони є неоднорідними за своїм походженням і статусом. Він називає їх підставами для дії першого і другого порядку. Підставами першого порядку в розумінні Раза виступають ті чинники поведінки людей, які існують до і понад будь-якою конкретною соціальною регулятивною системою, наприклад, життя, здоров'я, розумність, благополуччя тощо. Правові норми є підставами другого порядку і вони «витісняють» у практичній діяльності підстави першого порядку. Таким чином, право починає пов'язуватися філософом з системою, що претендує на відкрити, всеохоплюючу, легітимну владу в суспільстві саме за рахунок такого витіснення: право, діючи як відображення і заміщення відповідних підстав першого порядку, створює різницю в практичному мисленні та діяльності індивідів, в ідеалі виключаючи їх звернення до підстав першого порядку (тобто розвинена правова система є само-легітимною, такою, що не вимагає постійного звернення до позаправових підстав)<sup>1</sup>.

Отже, базуючись на певних моральних підставах та уявленнях про базові цінності, необхідні кожній людині, право створює своєрідну надбудову в практичному обґрунтуванні (*reasoning*) діяльності людини. Однак для того, щоби пояснити сам факт існування права,

<sup>1</sup> Касаткин С. Н. Философия права Джозефа Раза: моральная (само)легитимация института права и методологический проект универсальной теории // Российский ежегодник теории права. – № 2. – СПб.: Изд. Дом СПбГУ, 2009. – С. 152-157.

немає необхідності для звернення до підстав другого порядку, оскільки вони витіснені за межі юридичного світу, залишаючись, утім, важливою складовою соціальної системи в цілому<sup>1</sup>.

Ця думка є вкрай важливою при розгляді питання щодо того, чи є толерантність змістом права (і чи може бути). Якщо субстантивно ціннісний зв'язок між правом і толерантністю виражений в тому, що іронія як фактор толерантності є важливою передумовою поважливого ставлення до прав людини і до соціального плюралізму, гарантованого, серед іншого, правовими принципами, то з формальної точки зору питання про моральну та в цілому соціальну цінність толерантності для права вимагає іншого ракурсу розгляду проблеми, в дусі теорії, яку пропонує Джозеф Раз.

Юридичне закріплення ціннісного статусу того чи іншого соціального блага пов'язане з тим, яким чином можливо надати гарантії його захисту за допомогою правових засобів. Теорія філіації цінностей (тобто їх привнесення в право) пов'язана з межами та можливостями правового впливу. Якщо слідувати логіці, яку пропонує Джозеф Раз, то ми маємо поставити питання про те, наскільки судження, що лежать в основі толерантності, можуть бути витіснені судженнями, що властиві юридичній аргументації та правовому мисленню. Якщо це можливо, то толерантність може розглядатися як правова категорія і правова цінність.

Механізм витіснення, який пропонує Джозеф Раз, базується на тому, що між первинними та вторинними підставами для дії втрачається причинно-наслідковий і ціннісний зв'язок. Якщо цей зв'язок продовжує зберігатися, легітимність права перебуває під сумнівом, адже його виявляється недостатньо для того, щоби спрямовувати дії людини. Прикладом такого витіснення може слугувати система довірливого права. Його принципи, наприклад, принцип *pacta sunt servanda*, давно втратили свій зв'язок із моральними ідеями необхідності виконувати обіцянки. У практиці вирішення спорів, що виникають з договорів, сторони не апелюють до моральних категорій,

<sup>1</sup> Концепція витіснення робить Джозефа Раза представником ексклюзивного юридичного позитивізму, адже для нього право є легітимним тоді, коли зв'язок між ним і моральними судженнями поступово втрачається. Детальніше див.: Raz J. The authority of law: essays on law and morality. — Oxford: Oxford University Press, 2009.



адже встановлених юридичних засобів цілком достатньо для аргументації позицій. В інтерпретації Раза, якщо позитивне право й встановлює відсилки до таких моральних ідей чи до оціночних понять, зміст яких не може бути виведеним зі змісту самого права (наприклад, справедлива ціна), то в правозастосуванні такі відсилки мають сприйматися як прогалини в праві й заповнюватися відповідним чином, насамперед за рахунок аналогії закону. Отже, механізм витіснення полягає в тому, що підстави для дій другого порядку (правові норми) є легітимними тоді, коли їх реалізація спирається на систему раціональних юридичних засобів, а не моральних чи інших позаправових аргументів.

Як уявляється, таке витіснення навряд може спрацювати у випадку з толерантністю. Право на сьогодні не виробило тих суто юридичних механізмів, які могли б забезпечити толерантність за рахунок внутрішньої раціональної логіки. Мабуть, саме через це на сьогодні дискурс толерантності в праві має забарвлення радше політичне і моральне, аніж правове, і будь-яка згадка толерантності в правовому контексті так чи інакше апелює до цих двох сфер функціонування суспільства. Показово, що політкоректність, яка часто пов'язується з ідеями толерантності, є складовою саме політичного дискурсу і аж ніяк не стосується жодного елемента правової раціональності. Саме через це більшість питань, пов'язаних з проблематикою толерантності, набуваючи юридичного характеру, розглядаються з точки зору політичних та моральних підстав, адже право не має відповідних інструментів, які б могли моделювати юридичну аргументацію залежно від використання чи невикористання ідей толерантності. Іншими словами, юридична логіка є толерантно індиферентною та нечутливою, а тому дискурс толерантності в праві має неправовий зміст<sup>1</sup>.

Таким чином, субстантивний зв'язок права і толерантності не набуває свого продовження у вигляді формального зв'язку. Своєю

---

<sup>1</sup> До прикладу, ухвалення Верховним судом США рішення у справі «про одностатеві шлюби» викликало не стільки юридичні, скільки моральні та політичні дебати між консервативними та прогресистськими верствами американського (і не тільки американського) суспільства. Сама застосована в рішенні аргументація апелює до принципу формальної рівності, що є типовим засобом юридичної логіки.

чергою це дозволяє поставити під сумнів те, що толерантність є правовою цінністю, тобто складовою правової раціональності. Неможливість її витіснення за рахунок правових засобів зумовлює неможливість правового моделювання толерантної поведінки.

### Замість висновків

Нещодавня смерть одного з найвідоміших суддів Верховного Суду США Антоніна Грегорі Скалія викликала хвилю *in memoriam*. Поділяючи ідеологію консерватизму, Скалія був відомим серед іншого тим, що в своїх рішеннях та окремих думках часто апелював до того, що риторика толерантності не може бути підставою для зміни в законодавстві чи створення прецеденту. Його позиція щодо толерантності може бути яскраво продемонстрована цитатою з його виступу під час дебатів щодо рішення у справі Лоуренс проти Техасу: «У моїй окремій думці щодо справи Лоуренса, яка є справою про гомосексуальну содомію, я помітив, що Суд цитує лише європейське право; і я сказав: чому, адже кожна європейська країна каже, що не можна забороняти гомосексуалізм? Але ж це правило [щодо заборони дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації] було встановлене не за допомогою демократичного голосування, але за рішенням Європейського суду з прав людини [...]». Тому це рішення було прийнято недемократичним шляхом. Тим не менш, це правда, що в Європі незаконно забороняти гомосексуалізм. Але ж Верховний суд геть не цитує решту світу. Дуже легко побачити, що решта світу думає про гомосексуальну содомію. І я показав у своїй окремій думці, що світ у цьому питанні поділений порівну»<sup>1</sup>.

Цей вислів показує, наскільки політично та морально мотивованими можуть ставати юристи, коли йдеться про питання толерантності. Ні про яке витіснення за Джозефом Разом тут не може йти мови, хоча саме цього витіснення, витіснення логіки толерантності логікою принципу формальної рівності, й прагне Європей-

---

<sup>1</sup> Цитата перекладена мною з тексту блогу Марко Мілановіча «Why Justice Scalia Ought to Like the European Court of Human Rights, or at Least Not Detest It So Much» («Чому суддя Скалія має вподобати Європейський суд з прав людини, або хоча б не зневажати його настільки сильно») на відомому юридичному блог-порталі *Opinio Juris*: <http://opiniojuris.org/2007/05/07/why-justice-scalia-ought-to-like-the-european-court-of-human-rights-or-at-least-not-detest-it-so-much/>

ський суд з прав людини, до якого так зневажливо завжди ставився Скалія.

Зрештою, питання про зміст правил – це часто питання політичне, і навряд варто перекладати його на плечі суддів. Ціннісний статус толерантності в праві демонструє, що відсутність морального та політичного консенсусу щодо толерантності є ключовим фактором, який стримує юридизацію толерантності як принципу та її становлення як частини юридичної логіки. Тож юристам, як і решті суспільства, лишається тільки одне: не забувати про самоіронію...

*Алексей Стовба<sup>1</sup>*

## (НЕ)ТЕРПИМОСТЬ

### КАК (НЕ)ПРАВОВАЯ ПРОБЛЕМА

Очевидным образом современное общество характеризуется высокой степенью гетерогенности. При этом к традиционным различиям в цвете кожи, языке, национальности, вере добавляются такие «ультраמודные» компоненты, как сексуальная ориентация, музыкальные пристрастия, спортивные интересы, отношение к войне, склонность (либо отрицание) к воздействующим на психику веществам (начиная от традиционного алкоголя и заканчивая экзотическими психоделиками) и т.п. Вследствие этого можно констатировать, что в настоящее время социум уже не представляет собой традиционной комбинации: «нормального» большинства, разбавленного мелкими группами религиозных, национальных либо языковых маргиналов, но ризоматичную совокупность различных сообществ, сложным образом взаимно структурированных и пересекающихся под самыми неожиданными ракурсами.

Соответственным образом меняется и плоскость социального конфликта. Если ранее его можно было четко упорядочить по нескольким традиционным векторам (религия, национальность, язык), то теперь пространство общественной напряженности образуют силовые линии, направленные самым различным образом – от драк между болельщиками различных футбольных команд до побоищ между фанатами Толкиена и Перумова, «металлистами» и «рэперами», неонацистами и хиппи.

Указанные факторы одновременно указывают и на известную «устарелость» правового осмысления проблем толерантности, причем не только в законодательном, но и в теоретическом ключе. Как известно, традиционно позитивное право разрешало данные проблемы путем закрепления в текстах нормативных актов равных прав человека независимо от цвета его кожи, происхождения, религиозных

---

<sup>1</sup> Стовба Алексей, кандидат юридических наук, доцент кафедры теоретической и практической философии ХНУ им. В. Н. Каразина (stovba34@mail.ru).